



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 59/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin zu 1) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 2) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 3) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 4) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 5) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 6) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 7) -

[...],

- Antragsgegner zu 8) -

[...],

- Antragsgegner zu 9) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 10) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 11) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 12) -

die Antragsgegnerinnen zu 2) bis zu 12) vertreten durch die Antragsgegnerin zu 1),

diese wiederum vertreten durch die

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Abschluss von Rahmenverträgen [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Freitag auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juli 2016 am 25. Juli 2016 beschlossen:

1. Den Antragsgegnern und Antragsgegnerinnen wird untersagt, in Teillos 1, Fachlos K, den Zuschlag zu erteilen. Ihnen wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Vergabeunterlagen des Teilloses 1, Fachlos K, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer abzuändern und insoweit das Verfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen und diejenigen Unternehmen, die die Vergabeunterlagen abgerufen haben, erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben.

Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der

Antragsgegner und Antragsgegnerinnen zu 3/4; die Antragsgegner und Antragsgegnerinnen tragen die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu 1/4.

3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin sowie durch die Antragsgegner und die Antragsgegnerinnen war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegner und Antragsgegnerinnen (Ag) leiteten mit EU-Vergabebekanntmachung vom [...] ein offenes Vergabeverfahren zur Versorgung der radiologisch tätigen Vertragsarztpraxen [...] Kontrastmitteln ein. Die Ausschreibung umfasst zwei Teillose, wovon allein das Teillos 1 streitgegenständlich ist. Teillos 1 ist wiederum in 13 Fachlose unterteilt (Fachlose A-O, Anm. d. Kammer: D und L sind als Losnamen nicht vergeben); hiervon sind die Fachlose C und K streitgegenständlich. Die Einteilung der Fachlose erfolgte wirkstoffübergreifend unter Berücksichtigung der jeweiligen Indikation und der therapeutischen Vergleichbarkeit.

Ebenfalls am 18. Mai 2016 erhielt die Antragstellerin (ASt) die streitgegenständlichen Vergabeunterlagen per Download.

Zur Fachloseinteilung der Röntgenkontrastmittel und der zu erfüllenden Anforderungen heißt es in Anlage 11, soweit vorliegend streitbefangen:

„Anlage 11 – Fachloseinteilung Teillos 1

Fachlos	C
<i>Bezeichnung</i>	<i>Nicht ionische iodhaltige monomere niederosmolare wasserlösliche nephrotrope Röntgenkontrastmittel</i>
<i>Anwendung</i>	<i>intraarteriell und intravenös und intrakavitär. Weitere möglich</i>
<i>Anwendungsgebiete</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Urographie, - Phlebographie, Arteriographie, Angiographie, - Angiokardiographie, - Digitale Substraktionsangiographie, - CT-Kontrastverstärkung, - Darstellung von Körperhöhlen
<i>Wirkstoffe/-kombinationen (ATC)</i>	<i>z.B. Iohexol (V08AB02) und/oder Iopamidol (V08AB04) und/oder Iopromid (V08AB05) und/oder Iomeprol (V08AB10) und/oder weitere möglich</i>
<i>Darreichungsform</i>	<i>Injektionslösung oder vergleichbare Darreichungsformen</i>
Konzentrationen <i>müssen kumulativ angeboten werden</i>	1. 300mg/ml-320mg/ml 2. >320mg/ml-370mg/ml (es müssen zumindest gemeinsam alle Anwendungsgebiete abgedeckt sein)
<i>Gebiet S-H / Packungsgröße</i>	<i>zu Konzentration 1. Mindestanforderung: 50 ml oder 75 ml, und 100 ml und 200 ml und 500 ml</i> zu Konzentration 2. Mindestanforderung: 100ml und 200 ml und 500ml
<i>(...)</i>	
Fachlos	K
<i>Bezeichnung</i>	<i>Paramagnetische extrazelluläre makrozyklische Kontrastmittel für MRT</i>
<i>Anwendung</i>	<i>Intravenös. Weitere möglich</i>
<i>NSF Risiko</i>	<i>Niedriges NSF Risiko</i>
<i>Anwendungsgebiete</i>	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Kraniale und spinale magnetische Resonanztomographie,</i> - <i>MRT anderer Organe (Leber, Niere, Pankreas, Becken, Lunge, Herz, Brust, muskuloskelettales System, weitere möglich)</i> - <i>Angiographie</i>
<i>Wirkstoffe/-kombinationen (ATC)</i>	<i>z.B. [...] (V08CA02) und/oder [...] (V08CA04) und/oder [...] (V08CA09) und/oder weitere möglich</i>
<i>Darreichungsform</i>	<i>Injektionslösung oder vergleichbare Darreichungsformen</i>
<i>Konzentration</i>	<i>alle Konzentrationen möglich</i>
<i>Packungsgröße</i>	<i>Mindestanforderung: 10 ml oder 15 ml, und 20 ml oder 30 ml, und 60 ml oder 65 ml oder 100 ml</i>

Der Zuschlag sollte gemäß Ziffer II.2.5) der Bekanntmachung und Ziffer 17 der Bewerbungsbedingungen auf das wirtschaftlich günstigste Angebot (Preis pro Milliliter Wirkstoff) erteilt werden.

Die Ag haben in Anlage 4a zu den Bewerbungsbedingungen die im Jahr 2015 bestellten Gesamtmilliliter-Volumina für jedes einzelne Fachlos ausgewiesen. In denjenigen Losen, in denen als Mindestanforderungen zwei unterschiedlich konzentrierte Röntgenkontrastmittel (wie hier bei Fachlos C) verlangt worden waren, sind die Volumina bezogen auf die jeweiligen Konzentrationen angegeben worden (Gesamt: 4.348.625 ml, davon 1.803.625 ml für die Konzentration 300-320 mg/ml und 2.545.000 ml für die Konzentration >320-370 mg/ml). Nach Hinweis Nr. 2 zu Anlage 8a – Preisblätter ist pro Fachlos ein produktunabhängiger einheitlicher Preis pro ml anzubieten.

Im Verlauf des Vergabeverfahrens wurden verschiedene Bieterfragen gestellt und von der Vergabestelle beantwortet. Die ASt stellte am 25. Mai 2016 folgende Frage:

„Uns ist nicht klar, ob und inwieweit die Fachlose auf bestimmte Anwendungsgebiete beschränkt sind. Die Anwendungsgebiete werden in der Anlage 11 nur durch ein Aufzählungszeichen getrennt. Es stellt sich die Frage, ob die Arzneimittel in allen aufgeführten Anwendungsgebieten zugelassen sein müssen oder ob es ausreicht, dass das Produkt nur in einem bzw. einem Teil der Anwendungsgebiete zugelassen ist. Bitte nehmen Sie dazu Stellung, wie die Auflistungen der Anwendungsgebiete und deren Trennung durch ein Aufzählungszeichen zu verstehen ist.“

Diese Frage beantworteten die Ag mit Schreiben an die Bieter vom 2. Juni 2016 wie folgt:

„Die in Anlage 11 unter Anwendungsgebiete aufgeführten Indikationen für die entsprechenden Kontrastmittel sind kumulativ zu erfüllen. Sie beziehen sich auf die in den jeweiligen Fachinformationen aufgeführten zugelassenen Anwendungsgebiete, wobei sie im Wortlaut nicht genau übereinstimmen müssen, jedoch im medizinischen Sinne für die entsprechenden Anwendungsgebiete verwendet werden können und von der Zulassung umfasst sind. Bei den aufgezählten Anwendungsgebieten handelt es sich um Mindestanforderungen, die das Kontrastmittel erfüllen muss. Ist ein Kontrastmittel für zusätzliche Anwendungsgebiete zugelassen, ist dies unschädlich. Umfasst das Kontrastmittel nicht alle als Mindestanforderungen genannten Anwendungsgebiete, kann es in dem betreffenden Fachlos nicht angeboten werden.“

Mit Schreiben vom 27. Mai 2016 rügte die ASt gegenüber der Ag, dass in Teillos 1, Fachlos C Kontrastmittel zusammengefasst worden seien, die sich wegen unterschiedlicher Verbrauchsmengen in Bezug auf die Zielbeladung mit Iod wirtschaftlich nicht miteinander vergleichen ließen. Mit Schreiben vom 10. Juni 2016 teilten die Ag mit, dass sie dieser Rüge der ASt nicht abhelfen werden.

Die ASt rügte am 10. Juni 2016 gegenüber den Ag weiterhin, dass die Leistungsbeschreibung in Bezug auf das Fachlos K, welches nach Anlage 11 auch den Wirkstoff [...] umfasse, widersprüchlich sei. Denn die Ag hätten als abzudeckendes Anwendungsgebiet (u.a.) in Fachlos K auch die Angiographie genannt, für das das einzig für den Wirkstoff [...] in Betracht kommende Präparat [...] des Herstellers [...] jedoch keine Zulassung besitze. Diese Unklarheit wirke sich auch auf die Angebotskalkulation der ASt aus, da unklar sei, ob [...] in den Vertragsarztpraxen ausgetauscht werde oder nicht. Auch dieser Rüge halfen die Ag nicht ab und teilten dies der ASt mit Schreiben vom 16. Juni 2016 mit.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 27. Juni 2016 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens hinsichtlich des Teilloses 1 und dort hinsichtlich der Fachlose C und K. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am gleichen Tag an die Ag übermittelt.
 - a) Die ASt trägt vor, dass die Ausschreibungskonzeption in Bezug auf das Fachlos C (iodhaltige Kontrastmittel) vergaberechtswidrig sei, weil die Ag die bei den unterschiedlich konzentrierten Röntgenkontrastmitteln die in der Realität zum Tragen kommenden Verbrauchsmengen nicht berücksichtige. Damit drohe die fehlende wirtschaftliche Vergleichbarkeit der Angebote.

Die Radiologen würden zur bei der Anwendung der Kontrastmittel zunächst die für eine optimale Gewebekontrastierung erforderliche Iod-Beladung des Patienten ermitteln. Diese hänge ab von patientenindividuellen Faktoren, wie etwa dem Gewicht, Alter, eingeschränkte Nierenfunktion etc. Daneben seien technische Faktoren wie Untersuchungstechnik, technische Möglichkeiten des CT, Kochsalz-Nachinjektion, Art der Bildrekonstruktion etc. maßgeblich. In den Fachinformationen befänden sich daher keine exakten ml-Angaben, sondern Spannen bei den jeweiligen Anwendungsgebieten.

Habe der Radiologe unter Berücksichtigung dieser Faktoren seine Ziel-Iod-Beladung ermittelt, ermittle er die zu applizierende Kontrastmittelmenge in einem rein mathematischen Verfahren. Je höher die Iod-Konzentration, desto niedriger die Verbrauchsmenge. Diese werde in der radiologischen Praxis durch Protokolle des Kontrastmittel-Injektors als Vorschlag vorgegeben, an welchen sich die Radiologen

jedoch in aller Regel hielten. Zum Beleg für diese Vorgehensweise lege sie eine Stellungnahme der [...] vor.

Den Ag sei es daher verwehrt, den Wirtschaftlichkeitsvergleich der Angebote allein auf der Grundlage eines ml-Preises durchzuführen. Denn dieser vernachlässige die zu applizierende Verbrauchsmenge. Kontrastmittel mit einer höheren Iod-Konzentration, wie sie auch die ASt vertreibe, würden dadurch gegenüber niedriger konzentrierten Kontrastmitteln benachteiligt.

Dass nach den Fachinformationen für [...], dem Produkt der ASt, bei der „Computertomographie Kopf, Erwachsene“ sowohl für die 300 mg- wie auch für die 370 mg-Variante die Verabreichung eines fixen Volumens von jeweils 100 ml vorgesehen sei, liege – so der Vortrag der ASt in der mündlichen Verhandlung – wohl daran, dass die Größe des Kopfes beim erwachsenen Menschen sich nicht sonderlich unterscheide. Im Übrigen würden die Radiologen sich ohnehin nicht an den Angaben in den Fachinformationen orientieren, so dass es auf die darin enthaltenen Daten nicht entscheidend bei der Anwendung der Kontrastmittel ankomme.

Dieser Sichtweise stehe auch nicht der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 29. Juli 2015 (VII-Verg 13/15) entgegen. Zwar habe sich der Senat zu den auch in der Pilotausschreibung verwendeten Konzentrationsspannen geäußert. Der Senat habe jedoch lediglich ausgeführt, dass sich die Konzentrationsschwankungen in der Praxis nicht auswirken würden und dass sich die Angaben in den Fachinformationen auf grob festgelegte Spannen beschränkten, welche dann durch den Arzt ausgefüllt würden. Diese Ausfüllung der Konzentrationsspanne resultiere aber in der Festlegung der Iod-Beladung auf einer ersten Stufe, so dass sich die Konzentrationsunterschiede in der Praxis bei der Berechnung der von dem jeweiligen Kontrastmittel benötigten Menge sehr wohl auswirkten. Die Unterschiedlichkeit dieser Dosierung bei Betrachtung eines einzelnen Patienten führe auch zu entsprechenden Preisunterschieden der in Fachlos C zusammengefassten Wirkstoffe. So weise das Präparat der ASt [...] etwa gegenüber dem Konkurrenzprodukt [...] einen Kostenvorteil von [...] € auf. Die Ag erteilten auf der Grundlage der angelegten Wertungssystematik daher im Ergebnis nicht den Zuschlag auf das Produkt mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Sie müssten daher – entgegen der Aussagen des OLG Düsseldorf – einen Korrekturfaktor zugunsten höher konzentrierter

Kontrastmittel einführen, welcher den geringeren Verbrauch abbilde. Nach den Berechnungen der ASt liege dieser bei ca. 5 %.

In Bezug auf die Einbeziehung des Wirkstoffes [...] in das Fachlos K erweise sich die Leistungsbeschreibung als widersprüchlich. Die Ag führten den Wirkstoff beispielhaft in Anlage 11 für das Fachlos K auf, obwohl [...] nicht für die von den Kontrastmitteln auch abzudeckende Angiographie als einem von drei Anwendungsgebieten zugelassen sei. Die von den Ag vorgenommene Auslegung der Fachinformation des Herstellers [...] verbiete sich schon im Ansatz. Vielmehr hätte der Hersteller, wenn sein Produkt für Angiographie zugelassen wäre, ausdrücklich diesen Begriff in der Fachinformation verwenden müssen. Dies verlange das Gebot der Eindeutigkeit für die Fachinformationen. Das Bundesamt für Arzneimittel und Medizinprodukte bestätige in einem Schreiben vom 29. Januar 2016 (Anlage C 8 zum Nachprüfungsantrag vom 27. Juni 2016), dass [...] für die kontrastverstärkende MR-Angiographie nicht zugelassen sei.

[...] habe selbst gegenüber der ASt ausdrücklich mit Schreiben vom 29. Juni 2016 (Anlage C11 zum Schriftsatz der ASt vom 12. Juli 2016) erklärt, dass

„[...]“

Da somit unstreitig sein dürfte, dass [...] nicht zum Umfang des Fachloses K zählen könne, liege der Widerspruch in Anlage 11 auf der Hand. Es sei darüber hinaus für die Bieter bei Erstellung des Angebots nicht klar gewesen, welcher Bieterkreis vorliegend in Betracht komme, namentlich ob sich der Hersteller [...] mit seinem Kontrastmittel [...] werde beteiligen können oder nicht.

Aus der falschen Verortung von [...] in Fachlos K folge auch, dass die Abgabevolumina in Anlage 4a unzutreffend bekannt gegeben worden seien, da sie Präparate umfassten, die nicht ausschreibungsgegenständlich seien. Eine fehlerfreie Preisermittlung sei den Bietern somit nicht möglich gewesen. Den Bieter sei unklar gewesen, wie groß das Abgabevolumen sei; werde [...] von der Ausschreibung nicht umfasst, käme diesem Kontrastmittel ein „Solitärstatus“ zu. Die Radiologen könnten es weiterhin einsetzen, ohne dass es von der streitgegenständlichen Ausschreibung umfasst wäre.

Entgegen dem Vortrag der Ag sei die ASt mit ihrem Vortrag in Bezug auf den Vergaberechtsverstoß in Fachlos K nicht präkludiert. Denn die ASt habe erst durch die Antwort auf die Bieterfrage 3 vom 2. Juni 2016 erkennen können, dass die Ag die in Anlage 11 genannten Anwendungsgebiete kumulativ verlange. Bis dahin habe eine begründete Unklarheit bestanden, wie die Anforderung zu verstehen sei. Dem könnten die Ag auch nicht die Vergabeunterlagen von Kontrastmittel-Ausschreibungen anderer [...] entgegenhalten. Daraus folge keine positive Kenntnis der ASt, dass auch bei der streitgegenständlichen Ausschreibung die Anwendungsgebiete kumulativ durch das jeweilige Kontrastmittel abzudecken seien. Die von den Ag angeführte Ausschreibung der [...] sei im Übrigen auch keineswegs identisch mit der hiesigen Ausschreibung. In der Anlage 11 der Ausschreibung der [...] hätte sich noch die Zeile „Eigenschaften“ befunden, welche vorliegend durch „NSF-Risiko“ ersetzt worden sei. Die Darreichungsform „Infusionsflasche“ sei durch „Injektionslösung“ ersetzt worden. Als zusätzliche Mindestanforderung sei die Packungsgröße „60 ml“ neu aufgenommen worden. Diese minimalen Abweichungen hätten von der ASt daher besonders sorgfältig geprüft werden müssen. Außerdem habe die ASt schon bei der Ausschreibung der [...] den Widerspruch (kumulative Abdeckung der Anwendungsgebiete vs. Einbeziehung des Wirkstoffes [...]) geltend gemacht, so dass sie davon habe ausgehen dürfen, dass die Ag diesen Widerspruch im Rahmen der hiesigen Ausschreibung beseitigt habe. Auch die Bewerbungsbedingungen träfen keine eindeutigen Aussagen in Bezug auf die Überschneidungen der Indikationen und den hierfür erforderlichen Zulassungen der jeweiligen Wirkstoffe.

Die ASt beantragt zuletzt,

1. die Vergabestelle anzuweisen, das Vergabeverfahren für das Teillos 1, Fachlose C und K, aufzuheben,

hilfsweise:

das Vergabeverfahren für das Teillos 1, Fachlose C und K, in das Stadium vor Versendung der Vergabeunterlagen an die Bieter zurückzusetzen und der Vergabestelle aufzugeben, die EU-Vergabebekanntmachung

sowie die Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu überarbeiten und sodann im EU-Amtsblatt zu korrigieren bzw. an die Bieter zu versenden,

2. Akteneinsicht gemäß § 165 GWB zu gewähren,
3. auszusprechen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die ASt notwendig gewesen ist,

b) Die Ag beantragen,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag der ASt aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Ag für notwendig zu erklären.

Die Ag tragen vor, der Nachprüfungsantrag sei bereits teilweise unzulässig.

Soweit sich die ASt gegen den [...] als Antragsgegner richte, sei der Nachprüfungsantrag mangels Auftraggebereigenschaft unzulässig; der [...] handle als bloße Vergabestelle.

Die ASt sei mit ihrem Vortrag zudem präkludiert, soweit sie einen Vergaberechtsverstoß durch die Einbeziehung des Wirkstoffes [...] in das Fachlos K behaupte. Denn sie habe die Rüge – nach Durchsicht der Vergabeunterlagen am 18. Mai 2016 – nicht innerhalb der 10-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB erhoben. Die vorliegende Problematik sei deckungsgleich mit der – ebenfalls von der ASt – angegriffenen Pilotausschreibung der [...], so dass die ASt bereits bei Durchsicht der Anlage 11 von der kumulativen Anforderung sämtlicher Anwendungsgebiete habe

ausgehen müssen. Eine „*begründete Unklarheit*“ aufgrund der Verwendung von Aufzählungszeichen in der Tabelle, wie es die ASt vortrage, bis zur Antwort auf die von der ASt selbst am 25. Mai 2016 „*vorsorglich*“ gestellten Bieterfrage am 2. Juni 2016 habe daher schon im Ansatz nicht bestanden. Die ASt habe schon bei der Pilotausschreibung der [...] den Ausschluss des Bieters [...] mit der Argumentation verfolgt, dass das von ihm vertriebene Kontrastmittel nicht für Angiographie zugelassen sei. Grundlage des damals behaupteten Verstoßes seien dieselben Informationen, über welche die ASt im vorliegenden Verfahren bis zur Antwort der Ag am 2. Juni 2016 im Unklaren gewesen sein wolle. Dies sei unplausibel.

Der Nachprüfungsantrag sei auch in der Sache unbegründet, soweit die ASt die fehlende Berücksichtigung der unterschiedlichen Konzentrationsspannen iodhaltiger Kontrastmittel in Fachlos C angreife. Die Simplizität des Vortrags der ASt, welcher sich allein an der Iod-Konzentration orientiere, sei so nicht haltbar. Die zu applizierende Menge orientiere sich auch an den übrigen pharmakologischen Eigenschaften der Kontrastmittel, wie etwa der Viskosität und der Osmolalität. Die Ag hätten sich zudem an den Fachinformationen der Kontrastmittel orientiert, welche für bestimmte Untersuchungen Verbrauchsspannen vorsähen. Welche Menge der Arzt konkret einsetze, hänge von den Daten des Patienten und den Erfahrungen des Arztes ab. Anschließend lege er Protokolle an den Injektor an, der eine konkrete Menge vorschlage. Auf das Ergebnis könne der Arzt aber Einfluss nehmen und in Abhängigkeit etwa von der Qualität seiner Gerät nochmals modifizieren. Für die Ausschreibung sei daher nicht die Untersuchung eines einzelnen Patienten, sondern vielmehr die Gesamtheit maßgeblich.

Studien belegten, dass es bei der Bildgebung keinerlei Unterschied mache, ob – bei gleicher Menge – Kontrastmittel mit einer Konzentration von 350 mg/ml Iod bzw. 370 mg/ml Iod eingesetzt würden (vgl. Anlage AG 5). Die geringen Unterschiede bei der Gesamtiodmenge seien für die Bildqualität ohne Bedeutung. Größeren Einfluss auf das Protokoll des Radiologen hätten Art und Alter des Injektors und des CT Geräts sowie die Schnelligkeit der Injektion. Dies sei auch der Grund für die Nennung von Verbrauchsspannen in den Fachinformationen. Daher könne der gleiche Patient in zwei unterschiedlichen radiologischen Praxen zwei unterschiedliche Mengen des gleichen Kontrastmittels für die gleiche Untersuchung bekommen. Er könne aber immer Kontrastmittel mit einer Konzentration von 350 mg/ml Iod bzw. 370 mg/ml Iod

bekommen, ohne dass dies tatsächlich einen Unterschied in der Bildgebung machte oder vergaberechtlich angreifbar wäre. Dies hätten auch die erkennende Kammer und das OLG Düsseldorf in der Pilotausschreibung der [...] so gesehen. Dagegen bringe die ASt keinen neuen Gesichtspunkte vor.

Jedenfalls seien die Ag nicht gezwungen, einen „ca. 5 %“-Faktor einzuführen. Es sei unmöglich, eine mathematisch exakte Größe festzulegen, zumal die Fachinformationen der ASt selbst teilweise von fixen zu verabreichenden Mengen (100 ml bei Computertomographie des Kopfes beim Erwachsenen) trotz unterschiedlicher Iod-Konzentration (300 bzw. 370 mg/ml Iod) ausgingen. Da die Ag nicht über Daten in Bezug auf die tatsächlich vorgenommenen Untersuchungen verfügten, könnten sie auch nicht errechnen, in wie vielen Fällen der Radiologe u.U. diese Fixmenge appliziert haben könnte, um einen exakten Umrechnungsfaktor zu erhalten. Im Ergebnis verlange die ASt etwas Unmögliches.

Wirtschaftlich stelle eine geringere Verbrauchsmenge höher konzentrierter Kontrastmittel auch deshalb keinen Vorteil dar, weil bei den kleineren Packungsgrößen die gegenüber den niedriger konzentrierten Kontrastmitteln – nach dem Vortrag der ASt anfallende – Restmenge ohnehin verworfen werde. Diese müssten die Ag mitbezahlen, so dass auch insofern der von der ASt vorgebrachte Vorteil der höher konzentrierten Mittel relativiert werde.

In Bezug auf die Einbeziehung des Wirkstoffes [...] in Fachlos K erklärten die Ag Folgendes:

„Soweit die [...] im Rahmen der Ausschreibung mit dem Produkt [...] geboten hat, wird die [...] ausgeschlossen.“

Da [...] selbst erklärt habe, über keine Zulassung für Angiographie zu verfügen, ein Off-Label-Use von den Ag auch nicht geduldet werden könne, sei das Angebot zwingend auszuschließen. Eine weitergehende Zurückversetzung des Verfahrens sei allerdings nicht geboten. Die in Anlage 4a genannten historischen Abgabevolumina seien weiterhin richtig. Denn der Zuschlagsempfänger des Fachloses K werde das Volumen, das auf das [...] in der Vergangenheit entfallen sei, für sich vereinnahmen. Dies entspreche auch den Darstellungen in den anderen Fachlosen. So könne sich in Fachlos C der Hersteller [...] mit dem Produkt [...] nicht beteiligen, die in der

Vergangenheit abgegebenen Mengen an [...] seien selbstverständlich in die Anlage 4a eingeflossen. Gleiches gelte für [...] in Bezug auf das Fachlos G sowie [...] in Fachlos A. Die ASt hätte daher auf dieser Grundlage ein Angebot kalkulieren können und abgeben müssen.

3. In der mündlichen Verhandlung am 18. Juli 2016 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.
 - a) Die ASt trägt in der mündlichen Verhandlung vor, dass die „Abhilfe“ der Ag, den Bieter [...] bei Fachlos K mangels Zulassung des Wirkstoffes [...] für die geforderte Angiographie auszuschließen, zu spät komme. Sie habe bei der Durchsicht der Vergabeunterlagen die Beteiligungsmöglichkeit [...] aufgrund der widersprüchlichen Angaben in Anlage 11 nicht abschließend einschätzen können. Da [...] als Preisbrecher im Markt bekannt sei, habe aus Sicht der ASt eine eigene Beteiligung an der Ausschreibung in Fachlos K kaufmännisch keinen Sinn gemacht. Auch wenn es faktisch möglich gewesen wäre, ein Angebot zu kalkulieren, sei die ASt nicht gezwungen, auf der Grundlage widersprüchlicher Angaben ein Angebot zu kalkulieren, was sich – wie die Entwicklung belege – als nutzlos erweise. Die ASt gedenke auch, im Fall der Zurückversetzung ein Angebot abzugeben. Sie verfolge deshalb ihre gegen die Ungenauigkeit der Mengenangaben in Anlage 4a gerichteten Angriffe nicht weiter.
 - b) Die Ag tragen insoweit vor, dass die ASt durchaus ein Angebot hätte abgeben können und auch müssen, um dann gegebenenfalls den Ausschluss von [...] – im Fall der angekündigten Zuschlagserteilung – in einem Nachprüfungsverfahren geltend zu machen. Die vorgenommene Abhilfe der Ag sei ausreichend. Eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens, um der ASt eine zweite Chance einzuräumen, weil sie durch die fehlerhafte Nennung des Wirkstoffes [...] im Vorfeld der Angebotsabgabe keine abschließende Sicherheit über die potentiellen Bieter gehabt habe, sei vergaberechtlich nicht geboten. Dass sie allein aufgrund der potentiellen Teilnahme [...] am Vergabeverfahren kein Angebot habe abgeben wollen, sei zum Beleg der Kausalität für den Schadenseintritt unzureichend.
4. Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß in Abstimmung mit den Ag Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile

betroffen waren. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und im Hilfsantrag in Bezug auf das Fachlos K auch begründet. Hinsichtlich des Hauptantrags und des Hilfsantrags in Bezug auf Fachlos C ist der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

1. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind erfüllt.

- a) Unstreitig handelt es sich vorliegend bei den einzelnen Losen um Rahmenverträge, bei denen der addierte Wert der Einzelaufträge oberhalb der für Lieferung einschlägigen Schwellenwerte für die europaweite Vergabe liegt, § 106 Abs. 1 S. 1 GWB. Da gemäß § 103 Abs. 5 S. 2 GWB für Rahmenverträge dieselben Vorschriften gelten wie für öffentliche Aufträge, ist das Nachprüfungsverfahren als solches statthaft. Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist eröffnet, da sich der Nachprüfungsantrag auf einen Rahmenvertrag bezieht, der dem Bund zuzurechnen ist. Insbesondere handelt es sich bei den Ag als gesetzliche Krankenkassen um öffentliche Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB, da diese zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen (§§ 1, 2 SGB V) und über die gesetzlich geregelte Pflichtversicherung der Krankenkassenmitglieder bzw. den Gesundheitsfonds vom Staat, nämlich durch den Bund finanziert werden (vgl. EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009, Rs. C-300/07; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 3. September 2009, L 21 KR 51/09 SFB; VK Bund, Beschluss vom 15. Januar 2010, VK 1 – 227/09 m.w.N.).
- b) Soweit sich die ASt in ihrem Nachprüfungsantrag ursprünglich auch gegen [...] als Antragsgegnerin gerichtet hat, hat sie in der mündlichen Verhandlung diese Angriffsrichtung fallen gelassen und klargestellt, dass die [...] als Vergabestelle / zentrale Beschaffungsstelle für die Krankenkassen nicht als Antragsgegnerin im

Nachprüfungsverfahren angegangen werden solle und daher das Rubrum entsprechend von der Kammer zu berichtigen sei.

- c) Die ASt ist antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB. Ihr Interesse am Auftrag hat sie durch die erhobenen Rügen und den eingereichten Nachprüfungsantrag hinreichend belegt. Sie trägt vor, durch die unterlassene Einführung eines Korrekturfaktors bei der Wirtschaftlichkeitsbewertung der Röntgenkontrastmittel mit ihrem Produkt [...] diskriminiert zu werden (Fachlos C). Darüber hinaus verletze sie die Konzeption der Ausschreibungsbedingungen in ihrem Recht auf widerspruchsfreie Vergabeunterlagen nach § 31 Abs. 1 VgV (Fachlos K). Sie führt des Weiteren aus, dass ihr durch diesen Rechtsverstoß die Beteiligungsmöglichkeit am Vergabeverfahren verwehrt wurde, weil aus ökonomischer Sicht eine Angebotsabgabe auf der Grundlage rechtswidriger Vergabeunterlagen unzumutbar sei und ihr demzufolge auch ein Schaden in Form einer Verschlechterung ihrer Zuschlagschancen entstanden sei. Dies ist zum Beleg der Antragsbefugnis ausreichend.
- d) Die ASt ist mit ihrem Nachprüfungsantrag im Hinblick auf Fachlos K auch nicht präkludiert, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB. Soweit die Ag diesbezüglich vortragen, dass die ASt bereits unmittelbar nach Durchsicht der Vergabeunterlagen, die unstreitig bereits am 18. Mai 2016 erfolgte, positive Kenntnis dahingehend erlangt habe, dass die Anwendungsbereiche des Fachloses K kumulativ zu erfüllen seien und daher die Nennung des Wirkstoffes [...] mangels Zulassung für Angiographie aus Sicht der ASt objektiv unzutreffend sei, hat sich dieser Vortrag prozessual überholt. Denn die Ag haben von sich aus die objektive Widersprüchlichkeit der Angaben zum Fachlos K in Anlage 11 anerkannt und das auf dieser Grundlage abgegebene Angebot [...] vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. Streitgegenständlich verbleibt die Frage, ob dieser Ausschluss ausreichend ist, um die Widersprüchlichkeit der Anlage 11 vergaberechtlich zu bereinigen und einen Schadenseintritt zu Lasten der ASt verneinen zu können (dazu sub 2. b)).

Im Übrigen ist anzumerken, dass – unbeschadet etwaiger Kenntnis aus der Pilotausschreibung der [...] – die ASt endgültige Klarheit in Bezug auf die Anforderungen der Ag für Fachlos K in der hiesigen Ausschreibung erst durch die

Antwort auf die entsprechende Bieterfrage am 2. Juni 2016 erhalten hatte, so dass die Rüge vom 10. Juni 2016 fristwährend i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB war.

- e) Auch die Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB ist durch die Stellung des Nachprüfungsantrags am 27. Juni 2016 – auch unter Berücksichtigung des § 193 BGB in Bezug auf die erste Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 10. Juni 2016 – gewahrt.
2. Soweit die ASt mit ihrem Hilfsantrag die Notwendigkeit der Einführung eines zusätzlichen Korrekturfaktors in Fachlos C geltend macht (dazu sub a)), ist der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen, da eine diesbezügliche Verpflichtung der Ag nicht besteht. Demgegenüber ist der Hilfsantrag in Bezug auf Fachlos K begründet, weil die Angaben in Anlage 11 widersprüchlich sind und der bloße Ausschluss des Bieters [...] von der Wertung im Ergebnis unzureichend ist, um eine Rechtsverletzung der ASt und einen Schaden zu ihren Lasten zu beseitigen (dazu sub b)). Nicht begründet ist der Hauptantrag der ASt, mit welchem sie eine gänzliche Aufhebung des Vergabeverfahrens in den streitgegenständlichen Losen beantragt; auch im Fachlos K, bei dem die ASt mit ihrem Hilfsantrag durchdringt, ist eine gänzliche Aufhebung nicht erforderlich, um eine Rechtsverletzung der ASt auszuräumen (dazu sub c)).
- a) Der Nachprüfungsantrag ist insoweit unbegründet, als die ASt fordert, beim Wirtschaftlichkeitsvergleich die unterschiedlichen Iod-Konzentrationen der für das Fachlos K in der 2. Konzentration in Betracht kommenden Röntgenkontrastmittel (350 mg/ml bzw. 370 mg/ml) einen Korrekturfaktor von ca. 5 % zugunsten höher konzentrierter Mittel einzustellen (so auch schon 2. VK Bund, Beschl. v. 30. Januar 2015, VK2-115/14 und nachfolgend OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. Juni 2015, VII-Verg 13/15; ebenso im damaligen Parallelverfahren 2. VK Bund, Beschl. v. 29. Januar 2015, VK2-117/14; nachfolgend OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29. Juli 2015, VII-Verg 12/15). Die Wahl allein des Zuschlagskriteriums „*niedrigster Preis*“ begegnet keinen durchgreifenden vergaberechtlichen Bedenken:

Die Ag haben die Ausschreibung so ausgestaltet, dass miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten waren. Sie haben durch die Vorgaben zweier Konzentrationspannen in Fachlos C (300-320 mg/ml und >320-370mg/ml) Mindestanforderungen aufgestellt, welche die durchschnittlich anfallenden Versorgungsfälle qualitativ abbilden und insoweit einen Wirtschaftlichkeitsvergleich

allein auf der Grundlage des Preises eröffnet. Die Bieter konnten sich bei ihrer Angebotserstellung auf diesen Umstand einstellen; so dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist. Ein Verstoß gegen § 127 Abs. 1, 4 GWB liegt somit nicht vor.

- (1) Soweit die ASt gegen die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung der unterschiedlich dosierten Wirkstoffe auch im hiesigen Nachprüfungsverfahren vorbringt, die konkrete Verabreichungsmenge sei bei Kontrastmitteln mit unterschiedlichen Iod-Konzentrationsspannen schon deshalb nicht vergleichbar, weil der behandelnde Arzt in einer ersten Stufe im konkreten Einzelfall die jeweils zu verabreichende Menge Kontrastmittel patientenindividuell anhand von Faktoren wie Alter, Geschlecht, Gewicht und geplanter Diagnose bestimme und in einer zweiten Stufe mithilfe des Injektor-Protokolls die konkrete Iod-Beladung errechne, führt dieser Umstand nicht dazu, dass die Ag unwirtschaftliche Ergebnisse erhalten werden. Auch wenn – bezogen auf einen einzelnen Patienten – die Iod-Beladung des Injektor-Protokolls eine geringere Menge Iod bei einem höher konzentrierten Kontrastmittel ausweist und somit im Ergebnis eine geringere Verbrauchsmenge benötigt wird (so auch die Stellungnahme der [...], Anlage C 9), sind die Ag jedenfalls nicht gezwungen, diesen Faktor zwingend bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung zu berücksichtigen.
 - (a) Schon dem Ausgangspunkt der ASt, wonach bei isolierter Betrachtung allein der Iod-Konzentration die Verbrauchsmenge niedriger konzentrierter Röntgenkontrastmitteln per se höher sei als diejenige höher konzentrierter Röntgenkontrastmittel, kann nur bedingt zugestimmt werden. Ausweislich der eigenen Fachinformation der ASt für (u.a.) [...] ist für die Untersuchung „*Computertomographie Kopf, Erwachsene*“ sowohl für die 300 mg- wie auch für die 370 mg-Variante die Verabreichung eines jeweils fixen Volumens von exakt 100 ml Kontrastmittel vorgesehen. Auf die Iod-Konzentration kommt es daher nach der Fachinformation nicht an. Die diesbezügliche Einlassung der ASt, dies möge daran liegen, dass die Kopfgröße bei Erwachsenen nicht sehr unterschiedlich sei, vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil das Kontrastmittel nicht direkt in den Kopf appliziert wird, sondern zunächst durch den Körper transportiert werden muss. Dessen Größe,

Gewicht und Blutmenge divergieren bei Erwachsenen indes sehr stark. Ebenso wenig kann die ASt damit Gehör finden, dass die diesbezügliche Angabe in der Fachinformation nicht präzise sei, weil sie sämtliche [...] umfasse und sich die Ärzte ohnehin nicht an die Fachinformationen hielten, so dass es auf die darin enthaltenen Angaben nicht ankomme. Die ASt selbst weist (in Bezug auf die von den Ag vorgenommene Auslegung der Fachinformation von [...] hinsichtlich der Zulassung von [...] für Angiographie) auf die bei Fachinformationen erforderliche Genauigkeit hin. Die Kammer hat keinen Anlass davon auszugehen, dass die von der ASt in ihrer eigenen Fachinformation gemachten Angaben falsch sind.

- (b) Ebenso sind die in der Fachinformation der ASt zu den [...] -Produkten bei der Ganzkörper-CT genannten Verbrauchsspannen identisch (100-150 ml), unabhängig davon, welche Iod-Konzentration die verschiedenen Produkte aufweisen. Gleiches gilt für Körperhöhlen-Untersuchungen (z.B. Speiseröhre-Magen-Darm, empfohlene Iod-Konzentrationen: 300 mg/ml und 370 mg/ml; jeweilige Menge: 10-100 ml). Auch hier wäre jeweils bei einer alleinigen Abhängigkeit der Verbrauchsmenge von der zu applizierenden Iodmenge zu erwarten, dass – nach Feststellung der patientenindividuellen Gegebenheiten – unterschiedliche Spannen für das höhere und das niedriger konzentrierte Kontrastmittel ausgewiesen werden müssten. Die Iod-Konzentration scheint auch bei diesen Untersuchungen keine maßgebliche Rolle zu spielen und nicht im Sinne der von der ASt geltend gemachten mathematischen Genauigkeit zu geringeren Verbrauchsmengen bei den höherkonzentrierten Kontrastmitteln zu führen.
- (c) Auch der Quervergleich von [...] 370 zu iodhaltigen Röntgenkontrastmitteln anderer Hersteller mit einer Iod-Konzentration von 350 mg/ml ergibt keine eindeutig geringere Verbrauchsmenge höher konzentrierter Kontrastmittel, welcher durch einen mathematisch eindeutig zu berechnenden Korrekturfaktor ausgeglichen werden könnte. Ausweislich der von den Ag erstellten und von der ASt mit Anlage C4 eingereichten Tabelle weisen die Fachinformationen von [...] und z.B. [...]

bei Arteriographie und Angiokardiographie identische Spannen von jeweils 40-60ml für beide – unterschiedlich konzentrierte – Kontrastmittel aus. Wäre die Iod-Beladung tatsächlich monokausal für die Verbrauchsmenge, müsste die Spanne bei [...] jedoch bei 42-63 ml liegen oder umgekehrt die Spanne von [...] bei 38-57,5 ml.

- (d) Hinzu kommt, dass nach den Vorgaben (2. Hinweis zu Anlage 8a) pro Fachlos ein einheitlicher Angebotspreis pro ml anzubieten ist, unabhängig davon, welche Produkte angeboten werden und somit auch unabhängig davon, ob mehrere Konzentrationsspannen erfüllt werden müssen. Die Anwendung eines Korrekturfaktors von ca. 5 % für 370 mg/ml konzentrierte Kontrastmittel im Fachlos C aufgrund des von der ASt angenommenen Verbrauchsmengenvorteils würde folglich auch auf die 300 mg/ml konzentrierten Produkte durchschlagen: Dies würde angesichts des Anteils der 300 mg/ml konzentrierten Kontrastmittel am Gesamtvolumen in Fachlos C von über 40 % die 370 mg/ml-Produkte über Gebühr privilegieren und die geforderte Mischkalkulation verzerren.

Aus dem Vorstehenden kann im Ergebnis jedenfalls keine Verpflichtung der Ag, einen Korrekturfaktor unterschiedlicher Iod-Konzentrationen zur Abbildung unterschiedlicher Verbrauchsmengen einzuführen, abgeleitet werden. Denn dass sich die Einführung eines Korrekturfaktors insgesamt kostengünstig auf die Beschaffung der Ag auswirken würde, ist nach den Fachinformationen nicht sicher. Die Ag durften sich jedoch an den Fachinformationen orientieren und angesichts der jedenfalls nicht eindeutig belegbaren Abhängigkeit des Volumens von der Iod-Konzentration von einem Korrekturfaktor absehen.

- (2) Dies Sichtweise entspricht der bereits zitierten obergerichtlichen Entscheidungspraxis, welche für die – insoweit identische – Pilotausschreibung der [...] die Verpflichtung zur Einführung eines Korrekturfaktors für unterschiedliche Iod-Konzentrationen ebenfalls verneint hat (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. Juni 2015, VII-Verg 13/15; BA S. 23). Soweit die ASt diese Entscheidung angreift, weil der Senat die tatsächlich in der Praxis gegebenen Auswirkungen der Konzentrationsschwankungen verkannt habe, ist dem entgegen zu halten, dass der Senat selbst bei einer möglichen Auswirkung auf

die Preisbildung keine Verpflichtung der Ag zur Berücksichtigung der unterschiedlichen Iod-Konzentrationen erkannt hat (BA S. 24), so dass auch bei unterstellter Praxisrelevanz ein Korrekturfaktor nicht zwingend einzuführen ist.

Konsequenterweise hat der Senat – wenn auch in Bezug auf die unterschiedlichen Relaxivitäten der Kontrastmittel in anderen Fachlosen (je höher der Relaxivitätswert, desto niedriger der Verbrauch, BA S. 23) – trotz der eindeutig auch von ihm diesbezüglich festgestellten Verbrauchsrelevanz einen Korrekturfaktor zugunsten der ASt abgelehnt und die Entscheidungsfreiheit der [...] betont, welchem Umstand sie Wertungsrelevanz einräumen möchte und welchem nicht. Eine Verpflichtung zur Einräumung eines Wettbewerbsvorteils besteht nach den Ausführungen des Senats mithin selbst dann nicht, wenn der Verbrauchsvorteil bzw. -nachteil tatsächlich festgestellt wurde. Nichts anderes gilt für den hier streitigen Korrekturfaktor hinsichtlich der unterschiedlichen Iod-Konzentrationen.

- (3) Dass nicht jeder qualitative / wirtschaftliche Unterschied letztendlich zwingend in die Wertung einfließen muss, folgt auch aus dem Rechtsgedanken des § 35 Abs. 2 S. 3 VgV. Danach können Nebenangebote auch dann zugelassen werden, wenn – bei eindeutig vorgegebenen Mindestbedingungen – der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist. Daraus, dass ein Nebenangebot immer eine Abweichung zu dem Hauptangebot darstellt und dennoch – die Erfüllung der Mindestanforderungen vorausgesetzt – keine Aufstellung zusätzlicher Kriterien neben dem Preis für den Wirtschaftlichkeitsvergleich erforderlich ist, folgt auch, dass nicht jeder Unterschied zwischen Angeboten zwingend Eingang in die Wertung finden muss.

Die Ag haben durch die Vorgaben der Konzentrationsspannen in Fachlos C (300-320 mg/ml und >320-370mg/ml), die kumulativ zu erfüllen waren, die aus ihrer Sicht maßgeblichen Anforderungen aufgestellt, welche die durchschnittlich anfallenden Versorgungsfälle qualitativ abbilden und einen Wirtschaftlichkeitsvergleich durch das Abfragen eines Preises für diese Spannen eröffnet. Weitergehender Kriterien für einen Wirtschaftlichkeitsvergleich bedurfte es nicht.

- b) Soweit die ASt in Bezug auf das Fachlos K die Widersprüchlichkeit der Leistungsbeschreibung (dort Anlage 11) durch die beispielhafte Einbeziehung des Wirkstoffes [...] und die daraus folgende Zurückversetzungsbedürftigkeit geltend gemacht hat, ist ihr Hilfsantrag begründet.

Denn diese Angabe ist nach den im Laufe des Nachprüfungsverfahrens gewonnenen Erkenntnissen widersprüchlich und somit, wie auch von den Ag anerkannt, objektiv falsch. Der Wirkstoff besitzt – wie sich schon aus dem Schreiben des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) vom 20. Januar 2016, spätestens jedoch aus der Erklärung des Herstellers [...] selbst vom 29. Juni 2016 ergibt – tatsächlich nicht die Zulassung für die geforderte kontrastverstärkende MR-Angiographie. Die Nennung von [...] in Anlage 11 als Beispiel-Wirkstoff für das Fachlos K steht daher in Widerspruch zu diesem geforderten Anwendungsbereich.

Aus diesem Grund ist die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens anzuordnen. Die Ag sind – bei Fortbestehen der Vergabeabsicht – gehalten, die Vergabeunterlagen in Bezug auf das Fachlos K zu überarbeiten, namentlich durch die Streichung des Wirkstoffes [...] in Anlage 11, die modifizierten Unterlagen anschließend denjenigen Unternehmen, die die Vergabeunterlagen abgerufen haben, erneut zu übermitteln und ihnen Gelegenheit zu geben, neue Angebote auf dieser Basis abzugeben.

Die von der Ag mit Schriftsatz vom 14. Juli 2016 erklärte Abhilfe in Form des Ausschlusses des Bieters [...] in Bezug auf Fachlos K ist letztendlich nicht ausreichend, die Rechtsverletzung zu beseitigen und den Schadenseintritt zu Lasten der ASt zu vermeiden. Denn mangels Angebotsabgabe kann der Erhalt der Rechte der ASt im Sinne einer Beteiligungsmöglichkeit nicht allein durch den Ausschluss eines anderen Bieters gewahrt werden.

Dem steht auch nicht entgegen, dass der ASt vorgeworfen werden könnte, ihrerseits eine Angebotsabgabe unterlassen zu haben, so dass die Vergaberechtswidrigkeit der Anlage 11 nicht (mehr) kausal für einen möglichen Schadenseintritt war. Denn die ASt war nicht gezwungen, auf der Grundlage der von ihr zutreffend als falsch erkannten Vergabeunterlagen ein Angebot abzugeben, was sich angesichts der Zurückversetzungsbedürftigkeit des Vergabeverfahrens nach den obigen Ausführungen

auch als nutzlos erwiesen hätte (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14. November 2012, VII-Verg 28/12).

Es kann im Übrigen seitens der Kammer jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass sich – so der Vortrag der ASt – das durch die Einbeziehung eines ungeeigneten Wirkstoffes unzulässig auf den Bieter [...] erweiterte Bieterumfeld auf die Angebotsabgabe(-möglichkeit) negativ ausgewirkt hat (zur notwendigen Feststellung einer Beeinträchtigung der Auftragschancen des Antragstellers durch die Rechtsverletzung, vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14. April 2010, VII-Verg 60/09; Beschl. v. 15. Juni 2010, VII-Verg 10/10, Beschl. v. 10. Juni 2015, VII-Verg 39/14). Die insofern von der ASt angestellten kaufmännischen Überlegungen, preislich nicht mit [...] konkurrieren zu können, sind seitens der Kammer nicht zu widerlegen.

- c) Der auf Aufhebung der Ausschreibung gerichtete Hauptantrag der ASt ist unbegründet. Sie macht keine Vergaberechtsverstöße geltend, die es rechtfertigen könnten, über die partielle Zurückversetzung hinaus die Aufhebung auszusprechen. Da vorliegend lediglich die Wirkstoffbezeichnung in Anlage 11 für das Fachlos K unzutreffend war, ist auch nur diese zu korrigieren. Der Vergaberechtsverstoß ist somit durch eine erneute Angebotsabgabemöglichkeit auf der Basis korrigierter Vergabeunterlagen für das Fachlos K zu heilen. Ein darüber hinaus gehender Eingriff in die Beschaffungsautonomie der Ag durch die beantragte Aufhebung wäre unverhältnismäßig, § 168 Abs. 1 S. 1 GWB. Auf die nach der Zurückversetzung neue Angebotsabgabefrist haben die Ag zusätzlich im Sinne eines ordnungsgemäßen Wettbewerbs in einer Berichtigungsbekanntmachung hinzuweisen, um auch anderen Unternehmen, die wie die ASt durch die Widersprüchlichkeit bei Los K von der Angebotsabgabe abgehalten wurden, eine Chance auf Teilnahme zu geben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 GWB, § 80 Abs. 3 Satz 2 VwVfG.

Soweit die ASt mit ihrem Hauptantrag, gerichtet auf Aufhebung der Fachlose C und K, unterlegen ist, hat sie die Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu tragen, die Kammer geht insoweit von einer hälftigen Kostentragungspflicht der ASt aus. Die ASt ist mit ihrem Hilfsantrag bezüglich

Fachlos K durchgedrungen, in Bezug auf Fachlos C ist sie unterlegen. Die wirtschaftliche Bedeutung der beiden Fachlose ist unter Berücksichtigung des durchschnittlichen Angebotspreises derjenigen Bieter, die sich am Vergabeverfahren beteiligt haben, und der Referenzmenge annähernd gleich, so dass von einem hälftigen Obsiegen bzw. Unterliegen der ASt im Hilfsantrag auszugehen ist. Die Kosten des Verfahrens sind daher im Ergebnis von den beiden Verfahrensbeteiligten im Verhältnis 3/4 (ASt) zu 1/4 (Ag) zu tragen.

Die Hinzuziehung jeweils eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt und die Ag war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen im sozialversicherungsrechtlichen Kontext, deren Komplexität und Schwierigkeiten eine anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.